RES PUBLICA

Revista de la historia y del presente de los conceptos políticos

FEDERALISMO
METÁFORAS
SOCIEDAD CIVIL

ARTÍCULOS



Nº 3. AÑO 2. JUNIO 1999

RES PUBLICA

Revista de la historia y del presente de los conceptos políticos

Depósito Legal: MU-1428-1998
Producción: Diego Marín, Librero Editor, S.L.
Merced, 25. 30001-Murcia
Tfnos. 968 24 28 29 / 968 23 75 78

Índice

CRÍTICAS

DOCUMENTOS

ARTÍCULOS

El legado de uno de los precursores de la democracia deliberativa

Agustín José Menéndez[1]

A propósito de *The Constitution of Deliberative Democracy* de Carlos Santiago Nino[2].

Por desgracia, no tenemos a nuestra disposición una ciencia exacta capaz de eliminar las tensiones entre los derechos, la democracia y el derecho. El reto que afrontamos aquellos que estamos comprometidos con el ideario constitucional es el de encontrar un equilibrio entre tales elementos cuando entran en conflicto. Necesitamos fórmulas mediante las cuales lo que son antagonismos delibitadores y perniciosos se conviertan en apoyos mutuos y quizá liberadores

The Constitution of Deliberative Democracy es uno de los dos libros póstumos de Carlos Santiago Nino[3]. El gran iusfilósofo argentino pudo comple-

---

1 Expreso mi profundo agradecimiento al profesor Massimo La Torre, quién me animó a convertir unas notas de lectura en esta recensión, y prodigó comentarios con su inalterable talante crítico, paciente y honesto. Gratitud que se extiende a Julio Baquero, Edoardo Chiti, Marcelo Oviedo, Elena Rodríguez, Pedro Teixeira, Sergio Toro y Kostas Tsekouras. Sus comentarios constituyen una prueba del privilegio epistemológico de la deliberación, aunque queda plenamente a juicio del lector la consideración de si el argumento es o no convincente (es por tanto esta una cuestión que forma parte del conocimiento a priori) y la libertad de culpar al autor, único responsable de los errores y falacias que se contengan.

2 Carlos Santiago Nino (edición de Owen Fiss *et al.*); *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale University Press, New Haven and London, 1996. Recientemente traducido al castellano por Roberto P. Saba, Gedisa Editorial, Barcelona, 1997.

Los números entre corchetes corresponden con las páginas de las ediciones en lengua inglesa y española. Así [I:26-7,E:44] hace referencia a la página 26 de la edición inglesa y a la página 44 de la española.

3 Consúltese J. Malem Seña, *Carlos Santiago Nino: A Bio-Bibiographical Sketch*, en *Inter-American Law Review* vol. 27 (1995), nota 1, para una breve biografía del filósofo bonaerense. El citado artículo constituye una muy rigurosa visión de conjunto de la obra del autor.

tar el manuscrito antes de su muerte[4]. Aunque en buena medida reproduce argumentos que habían sido desarrollados en publicaciones anteriores[5], el libro ofrece una visión de conjunto de la teoría del derecho del autor.

Tres son los grandes temas de esta obra: primero, un estudio del concepto de validez jurídica en el contexto del razonamiento práctico; segundo, un análisis de la constitución de la sociedad buena (de la *good society*), determinándose cuáles hayan de ser las líneas maestras de su ordenamiento jurídico; por último, un estudio de las instituciones y prácticas que se adecúan a tal orden constitucional.

I. El Derecho Legítimo

Toda teoría del derecho implica una teoría acerca de la legitimidad del derecho. O lo que es lo mismo, presupone una serie de criterios cuyo cumplimiento nos permite calificar una norma o principio legal como legítimo[6].

El argumento de Nino sobre este particular se estructura del siguiente modo: primero, determina qué razones han de ser consideradas como válidas y relevantes a la hora de enjuiciar la legitimidad de las normas jurídicas; segundo, explicita el cánon moral implícito en su concepción de razones válidas; tercero, establece que la legitimidad de una concreta norma jurídica no puede afirmarse sin resolver previamente la cuestión de la legitimidad del sistema jurídico en su conjunto.

---

4 Completó otro manuscrito, ahora editado como *Radical Evil on Trial*, que se ocupa de los aspectos normativos de la sanción penal de los regímenes en los que se producen violaciones masivas de lo derechos humanas. Ha sido también editado por Owen Fiss y en las mismas prensas de Yale University. Al vertir este texto en castellano, me llega noticia de su publicación en castellano por Ediciones Emecé, Buenos Aires.

5 Véanse las referencias bibliográficas al final del artículo. C.S. Nino, *Derecho, Moral y Ética*, Ariel Ediciones, Barcelona, 1995, constituye un esbozo en castellano de *The Constitution*.

6 El concepto de legitimidad resulta ambiguo como consecuencia de las diversas acepciones del mismo. Es significativo al respecto que los científicos sociales o politólogos lo entienden de forma asaz distinta que autores insertos en una tradición normativa como Nino. En O. Weinberger, *Habermas on Democracy and Justice. Limits of a sound conception*, en *Ratio Juris* vol. 72 (1994), pág. 42 se propone una distinción entre buenas razones en tanto que *válidas* y buenas razones en tanto que *persuasivas*. Las primeras serían aquéllas con las que sería posible formular pruebas de la corrección de nuestra premisa, mientras que las últimas serían aquellas que son percibidas como válidas y tenidas en cuenta en su acción por los individuos. Nino entiende que la legitimidad se corresponde con la existencia de razones válidas y no meramente persuasivas. Tal concepción influye su definición de la autonomía no como mera libre voluntad, sino como “libre participación en una discusión que sea tan amplia y reflexiva como sea posible y que se oriente a la obtención de un consenso unánime (o su substituto más cercano). Vid. C.S. Nino, *Positivism and Communitarianism: Between Human Rights and Democracy*, en *Ratio Juris* vol. 7 (1994), p. 49.

La primera de las cuestiones es la determinación del tipo de razones relevantes para evaluar la legitimidad de las normas jurídicas. El argumento constituye una re-elaboración de ideas contenidas en artículos anteriores, y en concreto de su famoso teorema fundamental de la teoría del derecho[7]. Éste establece que la legitimidad del derecho no puede ser determinada por el propio derecho, sino que ha de fundamentarse en razones morales. Ningún sistema jurídico puede constituirse en fundamento de su propia validez. Ni siquiera la Constitución, en tanto que norma suprema o fundamental, puede desempeñar tal papel: "Una constitución puede conferir validez a otras normas sólo si ella misma es válida; ella misma no puede constituirse en fundamento de su propia validez (...) Dado que la Constitución no puede conferir validez a otras normas salvo que sea válida, y dado que no puede validarse a sí misma, la Constitución no puede por si misma adscribir validez a otras normas" [I:26-7; E:44].

Un primer argumento en favor de una conclusión tal es la propia naturaleza del razonamiento jurídico. No puede entenderse que el mismo sea autónomo, dado que es "parte del más amplio y complejo discurso práctico general que está encaminado a determinar las razones morales de la acción, o lo que es lo mismo, razones que pueden ser consideradas autónomamente, y que se caracterizan por las propiedades de universalidad, generalidad, finalidad, etcétera"[8].

Un segundo y fundamental argumento afirma que el derecho no puede ser la fuente de su validez en tanto que las normas jurídicas no son razones concluyentes en el discurso justificatorio. Los únicos "triunfos" en el seno del mismo son los argumentos morales. Las normas jurídicas no reúnen las condiciones necesarias para ser consideradas razones concluyentes, "razones para la acción de carácter primario". Recordemos que éstas se caracterizan por ser autónomas (o lo que es lo mismo, su validez no depende de quién las formule o acepte), universales (lo que implica que si la aceptamos como criterios de evaluación de la conducta en un caso o contexto, habremos de hacerlo en todos aquellos que no difieran de forma relevante del mismo), la

---

7 Es dificil fechar con precisión el momento en el que Nino rompe con la tradición analítica en la que había sido instruido. La ruptura está latente en C.S. NINO, *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica*, Universidad Autónoma de México, México D.F, 1974 y es nítida en C.S. NINO, *Dworkin and Legal Positivism*, en *Mind* vol. 89 (1980). El teorema está claramente pergeñado en C.S. NINO, *Liberty, Equality and Causality*, en *Rechtstheorie* vol. 15 (1984) y formulado en C.S. NINO, *La Validez del Derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985, capítulo IX. Los capítulos III y IV de este último libro ofrecen un análisis específico del positivismo ideológico. En C.S. NINO, *Derecho, Moral y Ética*, op. cit. [nota 5] se detallan los distintos tipos de relaciones o conexiones entre derecho y moral.

8 C.S. NINO, *Positivism and Communitarianism: Between Human Rights and Democracy*, op. cit. [nota 6], p. 31.

“superviniencia” (que implica que las propiedades que definen las situaciones a las que se aplica la norma son puramente factuales) e integrables (en el sentido de que las diferentes razones pueden ser comparadas y su importancia o relevancia determinada jerárquicamente). Las normas jurídicas vienen determinadas en cuanto tales por un linaje de autoridad, no son necesariamente universales (en realidad, su ámbito de aplicación suele estar limitado tanto en el tiempo como en el espacio); además, no son “supervinientes” y no son fácilmente integrables con otro tipo de razones[9].

Una vez establecido que la justificación última de las normas jurídicas ha de encontrarse en razones morales, se plantea inmediatamente la cuestión de cuál es el parámetro de corrección moral que ha de emplearse a la hora de ponderar dichas razones.

Nino se consideraba a sí mismo como un constructivista[10]. Sostenía que la corrección moral no puede determinarse en función de una supuesta correspondencia con hechos naturales (las verdades morales no estarían en algún lugar del mundo empírico esperando ser descubiertas), sino que su determinación es una cuestión conceptual. Ha de tenerse en cuenta que la moral es una práctica social que desempeña funciones socialmente relevantes (que básicamente pueden ser descritas como la coordinación de conductas y la prevención de conflictos) y que la labor de conceptualización o reconceptualización ha de permitir que siga desempeñando tales funciones.

Los peligros asociados tanto al cognitivismo como al no-cognitivismo pueden evitarse optando por una forma moderada de cognitivismo, que el profesor de Buenos Aires denominaba como constructivismo epistémico. De acuerdo con el mismo, la corrección moral queda determinada por la correspondencia con criterios contrafácticos y no con hechos naturales. La idea central es la de un “hipotético acuerdo sobre tales principios, por todos los que puedan verse afectados, en condiciones de imparcialidad, racionalidad y pleno conocimiento de los hechos relevantes”[11]. Esta concepción se ve claramente influida por otros autores de clara inspiración kantiana, como es el caso

9 C.S. Nino *Liberty, Equality and Causality*, en *Rechtstheorie* vol. 15 (1984), op. cit. [nota 7], pp. 496-8.

10 C.S. Nino, *El Constructivismo Ético*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

11 C.S. Nino, *El Constructivismo Ético*, op. cit. [nota 10], p. 68 y C.S. Nino, *The Epistemological Moral Relevance of Democracy*, en *Ratio Juris* vol. 4 (1991), p. 42. En C.S. Nino, *The Ethics of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1991, p. 247, nota 22 añade: “En todo caso, parece que el constructivismo ontológico no es totalmente incorrecto: aunque los principios morales correctos no son los que derivan del consenso que se alcanza en la práctica real de la discusión moral, los mismos vienen determinados por la práctica en el sentido de que su validez viene dada por las reglas implícitas de la misma (como por ejemplo la relativa al acuerdo de los principios en circunstancias ideales).

del propio Habermas y su particular giro lingüístico, que nos remite a las asunciones pragmáticas que llevamos a cabo cada vez que entramos en la deliberación moral[12].

El hecho de que todos los argumentos jurídicos encuentren su fundamento último en razones de tipo moral no significa que toda norma jurídica, para ser considerada válida, haya de prescribir aquello que prescribiría la moral. Por otra parte, el derecho no puede entenderse como desconectado de la moral, y cabe hablar de límites a la obligación moral de obedecer al derecho. El discurso jurídico es un caso especial del discurso moral, que mantiene una relación de (mutua) dependencia con el mismo[13].

Por una parte, el derecho no es superfluo. Necesitamos dar una base institucional a la moral a través del derecho porque la práctica moral no puede llevar a cabo por sí sola las funciones sociales a las que se orienta (coordinación de conductas y prevención de conflictos). En primer lugar, la moral no es suficiente. La moral contiene principios de carácter muy general, por lo que resulta muy arduo y complejo decidir cuestiones prácticas concretas con su sola ayuda. Nuestro autor niega que "exista un sistema moral totalmente independiente de las prácticas sociales implícitas en la constitución, reconocimiento y ejercicio del gobierno, de manera que el ciudadano moral que se apoye en tal sistema para justificar su obediencia al gobierno y a sus leyes pueda derivar del mismo que debe hacer en casos concretos sin tener en cuenta tales prácticas sociales"[14]. Dicho de otra manera, no todo razonamiento práctico puede discurrir en términos puramente morales, entre otras razones por la fundamental de que el juicio moral en muchas cuestiones (especialmente aquéllas relativas a la coordinación de la conducta) depende de las

---

12 Cfr. J. HABERMAS, *Legitimation Crisis*, Beacon Press, Boston, 1975, J. HABERMAS, *Between Facts and Norms*, The Mit Press, Cambridge, 1996. Sobre la democracia deliberativa, véanse entre otros J. COHEN *Deliberation and Democratic Legitimation*, en HAMLIN AND PETTIT (eds.), *The Good Polity: Normative Analysis of the State*, Blackwell, Oxford, 1989 y S. BENHABIB, *Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy*, en S. BENHABIB (ed.); *Democracy and Difference*, Princenton University Press, Princenton, 1996 Recientemente se han publicado dos magníficas colecciones sobre la democracia deliberativa. Vid. D. ESTLUND, (ed.) *Deliberative Democracy*, The MIT Press, Cambridge, Massachussets, 1997 y J. ELSTER, (ed.), *Deliberative Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997.

13 Vid. R. ALEXY, *A Theory of Legal Argumentation*, Oxford University Press, Oxford, 1989, con una defensa razonada en pp. 212ss. También R. ALEXY *The Special Case Thesis (Sonderfallthese)*, paper presented at the conference on *A Discoursive Foundation for Law and Legal Practice. Discussing Jürgen Habermas´Philosophy of Law*, Workshop at the European University Institute, Florence, 1998, C.S. NINO , *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 28, C.S. NINO, *A Philosophical Reconstruction of Judicial Review*, en *Cardozo Law Review* vol. 14 (1993), p. 814 y C.S. NINO, *Positivism and Communitarianism: Between Human Rights and Democracy*, op. cit. [nota 6], p. 31.

14 C.S. NINO, *The Ethics of Human Rights*, op. cit. [nota 11], p. 246.

decisiones convencionales que hayan sido adoptadas con anterioridad. Es en este sentido en el que se ha dicho que la corrección moral de determinadas conductas depende de qué haya sido prescrito jurídicamente, y no puede determinarse sin tener en cuenta esto último[15] . En segundo lugar, la discusión moral puede ser infructuosa: "podemos encontrarnos en la necesidad perentoria de decidir qué hacer, y no alcanzar una decisión unánime al respecto. En tal caso, insistir en la necesidad de alcanzar el consenso supone favorecer a la minoría que se encuentre en favor de mantener el status quo, o lo que es lo mismo, en favor de no adoptar una nueva decisión. Por tales razones, se hace necesario introducir un plazo para adoptar una resolución, así como un procedimiento idóneo, alejado lo menos posible del criterio de la unanimidad"[16]. El derecho, en tanto que institucionalización de la deliberación política, aparece como solución al problema del carácter inconclusivo de la moral. Gracias a él aumenta exponencialmente la certidumbre acerca de cuáles sean las normas de coordinación de la conducta y con él existe una motivación adicional para conformar nuestra actuación a tales pautas.

Por otra parte, el argumento del párrafo anterior nos permite tan solo descartar el carácter superfluo del derecho. Si bien la justificación de las normas legales ha de tener en cuenta el carácter institucionalizado del derecho, no se puede perder de vista que sólo los argumentos morales constituyen "triunfos" en el razonamiento práctico general: "La justificación jurídica es una especie de justificación moral que se distingue por tomar en cuenta (como datos fácticos relevantes) la vigencia de ciertas normas (...) La distinción moral/derecho está basada en el reconocimiento jurídico de pertenencia al sistema jurídico de una norma a secas, que también podría ser una aserción moral"[17]. Ambos sistemas son mutuamente dependientes, pero distintos. De la diferencia surge la posibilidad de discrepancia y el potencial conflicto. La institucionalización del derecho implica que nos encontramos con un orden normativo que, con independencia de su valor y relación con la moral, excluye que los problemas de coordinación social sean decididos sobre la base de un juicio moral completo (es decir, que empiece desde cero). Dado que es posible que el agente moral no encuentre razones en su fuero interno para seguir el curso de acción prescrito por el derecho[18], puede producirse un "salto" entre la autonomía de la moral y la heteronomía del derecho.

---

15 Cfr. T. HONORÉ, *The Dependence of Morality on Law* en *Oxford Journal of Legal Studies* vol. 13 (1992) pp. 1-17.

16 C.S. NINO, *The Ethics of Human Rights*, op. cit. [nota 11], p. 248.

17 C.S. NINO, *La Validez del Derecho*, op. cit. [nota 7], pp. 63, 59.

18 C.S. NINO, *The Epistemological Moral Relevance of Democracy*, op. cit. [nota 11], p. 40.

Nino rechaza una posible y usual solución falsa a este dilema. Argumenta contra la idea de que cualquier sistema jurídico sea preferible a la anarquía, si entendemos ésta como situación en la que la coordinación y prevención de conflictos no está en buena medida encauzada a través de normas legales. Tal argumento no es válido, dado que hay situaciones en las que es preferible rechazar el sistema jurídico en su conjunto como marco para la coordinación y prevención de conflictos[19].

La estrategia argumentativa de Nino es más compleja. El filósofo bonaerense tiende tres puentes entre el derecho y la moral.

En primer lugar, reconceptualiza el problema de la obligación política y de la obediencia al derecho. No hemos de confundir la autonomía (especialmente en su dimensión política) con la voluntad ilimitada, y ello dado que nos referimos a la auto-determinación en un contexto inter-subjetivo. De un lado, la determinación de qué cuestiones hayan de estar sometidas a la moral o al derecho no depende de la libre voluntad de las personas, sino que está en función de que las consecuencias de la acción o institución afecten a una pluralidad de personas[20]. De otro, hemos de tener en cuenta la autonomía de los demás, cuyo respeto requiere que ofrezcamos argumentos basados en razones que puedan ser aceptadas por los otros en ejercicio de su propia auto-determinación[21]. Ambas razones explican por qué es muy diferente el modelo de la autonomía en materias puramente personales o en aquéllas de caracter inter-subjetivo. La autonomía política se inspira en la idea de la participación política (en la idea del individuo como agente político que puede influir en el resultado colectivo) y no en la libérrima determinación de nuestra propia conducta. La autonomía "no se ejercita al tomar la decisión de adoptar como correcto un determinado principio moral, si la misma no va precedida de una adecuada reflexión y se produce en una situación de aislamiento, sino que se corresponde con la libre participación en una discusión tan amplia y reflexiva como sea posible y que esté orientada hacia el consenso unánime o su sosia (el acuerdo mayoritario), siempre que no se descarte la posibilidad de revisar el resultado en cualquier momento, si se considera que no coincide con el resultado hipotético de un consenso ideal"[22]. Esta concepción de la autonomía

---

19 C.S. Nino, *La Constitución como Convención*, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, vol. 10 (1990) pp. 197, 209, argumentando que puede ser preferible rechazar el sistema jurídico en su conjunto como marco para la coordinación y prevención de conflictos.

20 La idea original puede remontarse a J. Dewey, *The Public and Its Problems* en sus *Complete Works, Later works*, volumen 2 (1925-7), Southern Illinois University Press, Carbondale, 1984. Vid. especialmente pp. 243-4.

21 C.S. Nino, *The Ethics of Human Rights*, op. cit. [nota 11], p. 235.

22 C.S. Nino, *The Epistemological Moral Relevance of Democracy*, op. cit. [nota 11], p. 49.

implica alterar los términos en los que plantea la cuestión el anarquista filosófico, pues no se trata ya de defender a ultranza la autonomía en tanto que libre voluntad, sino de encontrar estructuras institucionales que permitan el mayor grado posible de auto-determinación política.

En segundo lugar, asienta el privilegio epistemológico de la democracia, que permite reconciliar la autonomía y la obligación genérica de obedecer el derecho. Nino considera que la democracia deliberativa permite reconciliar en buena medida la autonomía individual con la existencia de la práctica institucional que es el derecho. Recordemos que el cognitivismo moderado de Nino apuntaba hacia la correspondencia entre la corrección moral y los resultados de una deliberación que tuviera lugar en condiciones ideales. Tal criterio no permite afirmar que los resultados de la práctica deliberativa en el mundo real hayan de considerarse necesariamente como moralmente correctos. Por una parte, en el mundo real los participantes tienden a la parcialidad, no se comportan de modo completamente racional y carecen de una parte de la información relevante. Por otra, las decisiones no se adoptan por unanimidad, sino por mayorías más o menos cualificadas. Además, las decisiones se tienen que tomar dentro de plazos perentorios. Ahora bien, no hay que olvidar que el discurso ideal tiene una función netamente "regulativa"[23]. Nino afirma que podemos afirmar la existencia de un privilegio epistemológico de la deliberación democrática en la medida en la que el procedimiento de adopción de decisiones se inspire en la práctica ideal, de modo que podamos considerarlo como un sosia o sucedáneo del mismo, sobre la base de que sería el menos malo de los sistemas, y que presentaría notables ventajas si lo comparamos con otros como la dictadura, el elitismo, etc...[24]. El privilegio epistemológico estaría en todo caso condicionado a que se cumplan una serie de condiciones: que podamos apreciar una cierta convergencia de intereses entre los representados y sus representantes[25], que las reglas de la deliberación aseguren que los individuos recurran a razones que sean aceptables por todos los afectados y que la deliberación tamice y transforme las preferencias individuales originales, previas a la deliberación[43][26]. De ahí que la única forma política que puede reclamar el privilegio epistemológico sea la democracia, pues sólo ella incluye como componentes esenciales la discusión y el acuer-

---

23 R. ALEXY, *The Special Case Thesis (Sonderfallthese)*, op. cit. [nota 13], p. 109.

24 C.S. NINO, *A Philosophical Reconstruction of Judicial Review*, op. cit. [nota 13], p. 823.

25 Aunque no deje de ser cierto que cualquier cierto que cualquier cuestión social mínimamente compleja plantea problemas de "voz".

26 En tal sentido, véanse también - J. COHEN *Deliberation and Democratic Legitimation*, op. cit. [nota 12] y C. SUNSTEIN, *Markets and Social Justice*, Oxford University Press, Oxford, 1997. Una elaboración más detallada de estas condiciones en - C.S. NINO, *A Philosophical Reconstruction of Judicial Review*, op. cit. [nota 13], p. 822.

do mayoritario. La deliberación es fundamental en tanto que hace posible "ponderar los intereses de todos los afectados por una acción" y también "darse cuenta de los errores que conducen a adoptar una determinada posición moral"[27]. La decisión por mayoría simple "promueve un proceso de negociación que nos fuerza a ser imparciales, e incrementa la probabilidad de que los resultados del proceso de toma de decisión sean más imparciales que aquéllos que habrían resultado de una decisión en la que se hubieran tenido en cuenta tan sólo las opiniones de un grupo o de una persona"[28]. Dicho sea de paso, este argumento nos permite superar el escepticismo acerca de las formas de organización del poder político que podría derivarse del teorema fundamental de la teoría del derecho[29]. Dado que la democracia deliberativa tiene una tendencia intrínseca a producir leyes justas, hay razones de peso para considerarla como el único sistema legítimo[30].

El privilegio no es ilimitado. De un lado, se extiende exclusivamente a aquellas cuestiones de carácter intersubjetivo. Cuando las consecuencias de la acción sólo afectan de forma relevante a una persona, compete a ella decidir qué hacer[31]. De otro lado, hemos de distinguir entre las condiciones que permiten afirmar la existencia del privilegio epistemológico de la democracia, que son susceptibles de conocimiento a priori, y las cuestiones sustantivas que son decididas en el marco deliberativo, que sólo pueden ser objeto de conocimiento a posteriori. La posibilidad de conocer las primeras, incluso en una reflexión puramente individual, se fundamenta en que tales condiciones son lógicamente previas a la propia discusión, en tanto que la deliberación democrática está constituida por las mismas. Por ello: "el individuo mantiene la capacidad de juzgar por sí mismo la medida en la que se satisfacen las condiciones para una discusión moral genuina y si se reconocen las implicaciones que tales presupuestos tienen para la discusión", dado que "la probabilidad de que el individuo llegue a soluciones correctas en su reflexión

---

27 C.S. Nino, *The Ethics of Human Rights*, op. cit. [nota 11], p. 252.

28 C.S. Nino, *The Ethics of Human Rights*, op. cit. [nota 11], p. 251.

29 Dado que de acuerdo con el teorema las normas legales no ofrecen nunca razones originales para la acción, y sólo las normas morales las ofrecen, podría pensarse que es irrelevante cuál sea el origen de las normas jurídicas (esto es, que daría lo mismo que fueran establecidas por un gran dictador o tras una deliberación auténticamente democrática). C.S. Nino, *The Ethics of Human Rights*, op. cit. [nota 11], p. 232. Cfr. F. Hayek, *The Constitution of Liberty*, Routledge, London, 1960, p. 403: "Lo importante no es quién gobierna, sino lo que el gobierno puede hacer".

30 C.S. Nino, *The Ethics of Human Rights*, op. cit. [nota 11], p. 245.

31 C.S. Nino, *Autonomía y Necesidades Básicas*, en *Doxa* vol. 7 (1990) p. 28. C.S. Nino, *The Ethics of Human Rights*, op. cit. [nota 11], pp. 131ss. y C.S. Nino, *A Philosophical Reconstruction of Judicial Review*, op. cit. [nota 13], p. 837. No se desconoce el valor de la discusión, pero se afirma que la misma no aumenta la probabilidad de corrección de la decisión adoptada.

aislada son mayores cuando se refieren a las condiciones que determinan la validez del procedimiento colectivo" [I:116, E:165][32]. Entre las mismas se encuentran "algunos derechos básicos a priori- como el derecho a la libertad de expresión" que "pueden derivarse de las condiciones de discusión moral y del procedimiento democrático, dado que son determinantes de la pretensión de tales procedimientos de tener un acceso privilegiado a la corrección moral" [I:116-7, E:165][33]. Por lo que respecta al ámbito de conocimiento a posteriori, el mismo se justifica dada la compleja combinación de premisas normativas y apreciaciones fácticas que anteceden a las decisiones sustantivas, y a las que no podemos tener acceso en nuestra reflexión puramente individual: "Si se cumple la condición de que una buena parte de las personas afectadas participen en la discusión, y de que ellas representen distintos intereses, proyectos vitales e inclinaciones que quizá hayan sido relevantes en la génesis del conflicto, y de que haya existido un amplio debate en el que toda la información relevante haya sido considerada y en el que la discusión haya procedido de forma racional, podemos estar casi seguros de que toda decisión unánime alcanzada en la discusión coincidiría con el consenso que habría sido alcanzado en condiciones ideales. Tal garantía desaparece si la reflexión es puramente individual o el círculo de la misma se extiende a personas de parecida idiosincrasia"[34]. Esta división del campo del conocimiento moral presenta alguna semejanza (aunque también más de una diferencia) con la fórmula que Alexy toma de Radbruch (las normas extremadamente injustas no han de ser consideradas como derecho)[35], dado que esta última se fundamenta en la idea de que podemos estar seguros de saber qué es extremadamente injusto. Usando la terminología de Alexy, el conocimiento sobre la extrema injusticia ocurre a posteriori.

En tercer lugar, completa el análisis de la obligación de obedecer el derecho, proponiendo que la misma se fragmente en dos niveles. De un lado, hemos de decidir si existe una obligación general de obedecer al derecho en tanto que sistema jurídico. Esta cuestión general tiene sentido dado que el

---

32 Véase también C.S. Nino, *The Ethics of Human Rights*, op. cit. [nota 11], p. 255: "Uno puede estar más seguro (aunque no deberá estarlo en exceso si carece de la preparación intelectual necesaria y no ha reflexionado bastante sobre la materia) sobre sus conclusiones personales enlo que se refiere a las condiciones y presupuestos de la deliberación moral que en lo que concierne a que sería aceptable para gente imparcial, racional y dotada de pleno conocimiento, dado que es probable que sin haber escuchado los argumentos de los demás, tendamos a no tomar en suficiente consideración sus intereses".

33 Sobre el contenido concreto de estos derechos, véase la sección II de esta recensión.

34 C.S. Nino, *The Ethics of Human Rights*, op. cit. [nota 11], p. 247 y C.S. Nino, *A Philosophical Reconstruction of Judicial Review*, op. cit. [nota 13], p. 821.

35 R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, op. cit. [nota 13] y R. Alexy *El Concepto y la Validez del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994.

derecho ha de ser considerado como una práctica social cuyo valor trasciende cada norma jurídica individual. La obligación general está relacionada con la idea de que la observación general de las prescripciones contenidas en el sistema jurídico permite la coordinación de la acción y la prevención de conflictos (y que sin un grado alto de cumplimiento el sistema entraría en crisis y cesaría de cumplir tales benéficas funciones)[36]. A esta dimensión que podemos denominar general o sistémica corresponde la cuestión de si existe una obligación general de obedecer el derecho, lo que implica determinar si existen razones normativas para aceptar el marco de juego que ofrece el sistema jurídico positivo[37]. La respuesta a esta pregunta está determinada por la previa cuestión de si podemos considerar que el sistema político está dotado de un privilegio epistemológico [I:37, E:56]. Una respuesta positiva determina si existen las condiciones en las que se funda nuestro compromiso condicionado con el sistema jurídico. La respuesta no ha de ser siempre positiva: "El hecho de que el legislador o el juez no hubieran podido promulgar la ley o dictar sentencia sin referirse al sistema jurídico no implica una restricción moral de sus decisiones, dado que el sistema jurídico puede ser tan pobre en relación con la constitución ideal que sea necesario aprovechar la oportunidad para destruirlo" [I:37-8, E:57]. En tales casos cabe "proceder a hacer lo que esté en nuestra mano para asegurar nuestros derechos a priori incluso por medios no democráticos" [I:140, E:194]. De otra parte, una vez resuelta la cuestión general, hemos de proceder a determinar si existe una obligación de obedecer a cada de una de las normas que salen a nuestro paso en el desarrollo de nuestra acción. A la hora de decidir tales cuestiones, hemos de considerar no sólo las razones morales primarias que derivan del juicio que nos merecen las normas en cuestión, sino también la existencia de una obligación general de obediencia al derecho. De hecho, la función que cumple la misma es de la establecer una presunción general en favor de la existencia de tal obligación y de reforzar sustantivamente las razones primarias en favor de la corrección moral de la norma fruto de la deliberación democrática. Pese al

---

36 Este argumento lo ha desarrollado C. Gans, *Philosophical Anarchism*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992.

37 Quizá sea necesario apuntar que esta pregunta no se plantea siempre de modo explícito. En los sistemas jurídicos de las comunidades políticas que alcanzan un mínimo respeto por los criterios de la sociedad *buena* (vid. sección II de esta recensión), tal cuestión es implícita, pero puede ser formulada explícitamente en momentos de crisis. Las dramáticas circunstancias en las que se vieron inmersos Nino y la gran mayoría de los ciudadanos sudaméricanos son un claro y triste ejemplo de que la erosión de las garantías constitucionales provoca que la pregunta vuelva a emerger. Esta idea se reconsidera en un contexto práctico al analizar el dualismo mayoritario de Ackerman, en C.S. Nino, *A Philosophical Reconstruction of Judicial Review*, op. cit. [nota 13], p. 829: "La obligación moral más vinculante para un juez puede ser la de sacar partido de su posición y salvar vidas y libertades".

peso considerable del privilegio epistemológico de la democracia, la obligación sigue siendo condicional, y por tanto ha de entenderse como una obligación *prima facie*, que se debilita en la medida en la que el proceso de elaboración de la norma se haya desviado de los criterios que permiten establecer tal privilegio epistemológico.

En este apartado nos hemos ocupado de la tensión entre validez y legitimidad del derecho, considerando algunos de los conceptos esenciales en la teoría del derecho de Carlos Santiago Nino, como son el teorema fundamental de la teoría del derecho, la obligación de obedecer el derecho y el privilegio epistemológico de la democracia. Tales cuestiones alcanzan un grado de sustantividad mayor cuando se consideran desde la perspectiva de la práctica jurídica de la sociedad *buena*, y más concretamente, al considerar las formas de reducir la tensión entre los derechos, la democracia y el derecho. Tal es el objeto de la próxima sección.

II. La práctica legal de la sociedad *buena*

Nino, en *The Constitution*, sostiene que la práctica jurídica (o sea, el sistema jurídico en su aspecto dinámico) de una sociedad *buena* debe caracterizarse por una combinación de derechos, democracia y conformidad con los principios del Estado de derecho. De forma esquemática, podemos decir que esto implica que los derechos liberales deben ser objeto de protección, que el proceso de toma de decisiones debe inspirarse en los principios de la democracia deliberativa y que la constitución histórica debe ser respetada. Nino no se limita a realizar esta proclamación general (que por sí sola vendría a traer más hierro al Bilbao de la teoría liberal), sino que considera de forma detallada cómo pueden aminorarse las tensiones latentes entre estos tres elementos.

De forma general, podemos afirmar que los tres mantienen una relación de mutua dependencia. A modo de ejemplo puede señalarse que la práctica de la deliberación implica la asignación de ciertos derechos a los participantes en el discurso a la vez que presupone un marco en el que las expectativas se han estabilizado gracias a la observancia de una serie de reglas. Esta relación de dependencia mutua puede darse también si alteramos el orden de los factores. Por ello, puede hablarse de tal interdependencia como un "círculo completo" [I:220-1, E:300]. Al mismo tiempo, los tres elementos mantienen una constante tensión entre ellos. Los derechos, la democracia y el Derecho se encuentran en permanente conflicto. Dado que el filósofo bonaerense no creía en una ciencia social exacta[38], no esperaba cuadrar el círculo y elimi-

38 Sobre la posibilidad de convertir a las disciplinas humanas en ciencias en sentido fuerte, cabe remitirse al análisis de Chomsky, presentado de forma sistemática en C. P. Otero, *La Revolución de Noam Chomsky*, Editorial Tecnos, Madrid, 1985.

nar la tensión. Lo que cabe es reducir los roces dañinos tomando conciencia de cómo se relacionan entre sí y mediante el uso del razonamiento práctico [I:222, E:301].

En la sociedad *buena*, el poder debe ejercerse de acuerdo con los resultados del proceso de deliberación democrática, institucionalizados a través del derecho. Como ya queda dicho, presumimos que la democracia deliberativa, si se cumplen determinadas circunstancias, goza de privilegio epistemológico, que permite reducir la distancia que media en el "salto" entre la autonomía de la argumentación moral y la heteronomía del derecho.

Las propias condiciones en las que cabe hablar de tal privilegio muestran claramente que la práctica deliberativa está constituida por derechos. Por una parte, el discurso práctico presupone que aquéllos que entran en la discusión se reconocen mutuamente (al menos implícitamente y para el objeto de la discusión) una serie de derechos. En este sentido cabe afirmar que dichos derechos constituyen la deliberación, dado que sin ellos no es posible deliberar. Por otra parte, ya vimos que la aplicación del privilegio epistemológico a las deliberaciones reales depende de que en la misma se respeten los derechos básicos que constituyen las condiciones necesarias del modelo ideal [I:64, 138, 200-1; E:95, 192, 274-5].

De acuerdo con nuestro autor, los derechos básicos que subyacen a la práctica social de la discusión moral son la autonomía (que implica reconocer el valor intrínseco de la auto-determinación personal, en su doble dimensión de libre aceptación de principios morales intersubjetivos y de principios de excelencia individual o de la vida *buena*), inviolabilidad de la persona (que prohibe la imposición de sacrificios y privaciones a las personas contra su voluntad e interés) y dignidad (que requiere que seamos libres de asumir las consecuencias de nuestras propias decisiones, permitiendo el uso de nuestros derechos de forma dinámica). Nino añade con claridad que los derechos sociales (como pueden ser el derecho a un salario justo, a la salud o a una vivienda digna) son un componente necesario para reducir la tensión entre los tres componentes básicos de la democracia deliberativa[39]. Al mismo tiempo,

39 Su defensa de los derechos sociales se sustenta en la necesidad de promover los aspectos de oportunidad de la autonomía [para la distinción entre aspectos de oportunidad y de decisión de la autonomía, vid. A. Sen, *Markets and Freedoms: Achievements and Limitations of the Market Mechanism in Promoting Individual Freedoms*, en *Oxford Economic Papers* vol. 45 (1993) 519-41] y en la necesidad de someter a una reflexión crítica la distinción entre acciones y omisiones como fuente de posibles violaciones de los derechos. Sobre el particular, vid. C.S. Nino, *Liberty, Equality and Causality*, op. cit. [nota 7], p. 32, C.S. Nino, *Liberalismo Conservador: ¿Liberalismo o Conservador?*, en *Revista de Ciencia Política de la Universidad Pontificia de Santiago de Chile* vol. 10 (1990) y C.S. Nino, *On Social Rights*, en Aarnio, Paulson, Weinberger, von Wright and Wyduckel (eds.); *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit*, Duncker and Humblot, Berlin, 1993, pp. 295-99.

insiste que la afirmación de los mismos no ha de entenderse como una depreciación de los clásicos derechos de libertad, que son de un valor enorme aún en aquellos sistemas que no reconocen los derechos sociales [I:63, E:94][40]. Además, admite que el reconocimiento de derechos sociales puede aumentar la tensión entre los derechos y la democracia, al reducir el ámbito de decisión de la misma[41].

La lista provisional que formula comprende los siguientes derechos: [i] derecho a la vida; [ii] libertad de expresión; [iii] libertad de conciencia; [iv] derecho a una educación liberal; [v] derecho a la vida privada y respeto de la intimidad; [vi] derecho a la propiedad privada y al trabajo; [vii] derecho al comercio e industria; [viii] garantías positivas de igual autonomía, igualdad de trato e interdicción de la discriminación no razonable" [I:219, E:298].

No nos encontramos ante un catálogo totalmente detallado de derechos. La determinación precisa del mismo compete al último ingrediente de la práctica jurídica de una sociedad buena, es decir, a la constitución histórica o la constitución como convención. La misma se define como la regularidad de conductas, actitudes y expectativas de sucesivos legisladores, gobiernos y generaciones de ciudadanos.

Toda deliberación presupone la pre-existencia de una práctica social de deliberar, que hunde sus raíces en la constitución histórica. Tal práctica desempeña una papel fundamental en la estabilización de las expectativas, estableciendo las "condiciones mínimas" que permiten entrablar una discusión moral. Al mismo tiempo, el hecho de que el derecho sea una práctica social implica que la constitución como convención está caracterizada por su indeterminación, carácter contradictorio, etcétera, lo que hace inevitable el recurso a la argumentación práctica, y de forma destacada a la argumentación moral, y permite proceder a disminuir el salto entre la constitución como convención y la ideal: "Si la constitución tiene algún valor en tanto que tal, es el de permitir ser reformada y perfeccionada, algo que no pueden ofrecer otras utopías irrealizadas e irrealizables" [I:37, E:57].

Además, la determinación del ámbito y contenido preciso de los derechos se produce en un contexto determinado por la constitución como convención. No se trata de que sólo quepa hablar de derechos en tanto que los mismos se encuentren, por así decirlo, positivizados, sino que sólo se afirma que su ámbito y contenido precisos quedan determinados por la deliberación demo-

---

40 Esta posición es común con la manifestada por Elías Díaz en su señero libro sobre el Estado de Derecho. Vid. E. DÍAZ, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Taurus Ediciones, Madrid, 1998, pp. 39-42, donde se considera a los derechos de libertad como símbolo del espíritu moderno, aun cuando no basten por sí mismos para hacer merecer a una sociedad el calificativo de justa.

41 Sobre esta cuestión se vuelve más tarde. Vid. *infra*.

crática[42]. Sólo de este modo se evita el riesgo de asfixiar la democracia con una teoría demasiado vigorosa de los derechos: "no podemos obviar el problema de que una teoría robusta de los derechos, apoyada en razones a las que cualquiera pueda tener acceso, expulsa al procedimiento democrático fuera del ámbito moral (...) Hemos de evitar hacer al procedimiento democrático demasiado perfecto, fortaleciendo al extremo sus condiciones previas, porque en tal caso su ámbito operativo se reduce de tal manera que tan sólo se extiende a problemas de coordinación como la ordenación del tráfico" [I:65, 138-9, 222, E:97, 192, 302][43].

Se pueden observar muchas similitudes entre el pensamiento de Nino y el de Habermas y otros autores que cabe considerar ceranos a la ética discursiva. El filósofo bonaerense comparte con ellos el objetivo de reconciliar la autonomía pública y privada mediante una visión circular o de refuerzo mutuo de los derechos y la argumentación práctica[44]. Además, comparte una honda preocupación por los riesgos de banalización de la esfera pública si se desvincula por completo la definición de los derechos del proceso político. Sin embargo, Nino tiene una concepción más individualista de los derechos. Mientras que algunos argumentos de Habermas pueden ser interpretados como conducentes a hacer equivalentes los resultados del proceso deliberativo con la corrección moral, Nino entiende que la deliberación democrática goza de un cierto privilegio epistemológico, pero insiste en la división de ámbitos de conocimiento moral, lo que implica reconocer que el razonamiento moral plenamente individual es fiable especialmente en lo que concierne a

---

42 Esta idea trata de superar la concepción de los derechos como límites a la democracia: "si tengo un derecho a X, por definición no cabe simplemente ignorar el mismo en atención a que de esa manera se promueven de forma más efectiva los derechos de la mayoría. De esto no cabe derivar que los derechos hayan de ser entendidos como barreras frente a las decisiones mayoritrias. No hay ninguna inconsistencia lógica en afirmar que la única autoridad competente para reconocer y hacer efectivos los derechos es aquélla de origen mayoritario". Consúltese C.S. Nino, *A Philosophical Reconstruction of Judicial Review*, op. cit. [nota 13], p. 825.

43 C.S. Nino, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op. cit. [nota 13] p. 498.

44 J. Habermas, *Reconciliation through the public use of reason: Remarks on John Rawls' Political Liberalism* en Journal of Philosophy vol. XCII (1995), p. 130): "Dado que el derecho se aplica a personas que no podrían siquiera asumir la condición de sujetos del propio derecho sin tener derechos privados, las autonomías pública y privada de los ciudadanos se presuponen mutuamente (...) No es posible concebir el derecho sin libertades subjetivas justiciables que garanticen la autonomía privada de los sujetos del derecho; ni tampoco un derecho legítimo que no sea producidos de forma democrática y colectiva por los ciudadanos, que tienen derecho a participar en el procedimiento legislativo en tanto que libres e iguales". O. Gerstenberger, *Private Ordering, Public Intervention and Social Pluralism*", en C. Joerges y O. Gerstenberger (eds.), *Private Governance, democratic constitutionalism and supra-nationalism*, Office for Publications of the European Communities, Luxembourg, 1997, p. 208: "El problema fundamental es cómo reconciliar en una concepción coherente de constitucionalismo democrático dos aspectos: l autodeterminación democrática y la protección de los derechos individuales".

la determinación de las "condiciones previas para establecer la validez de los procedimientos colectivos" [I:116, E:165]. Este "giro individualista" evita que muchas de las críticas dirigidas a Habermas puedan ser aplicadas a *The Constitution*[45].

III. Hacia el ideal normativo: la democracia deliberativa

Los dos últimos capítulos del libro tienen por objeto reflexionar acerca del entramado institucional que garantiza la estabilidad de la práctica jurídica de la sociedad *buena*, a la vez que la acerca a su ideal normativo. Se trata por tanto de un ejercicio de ingeniería constitucional de la democracia deliberativa en cuestiones tales como la representación política, el federalismo o el valor de los *referenda*[46]. También nos ofrece algunos comentarios acerca de la tensión entre estabilidad y democracia. El capítulo más interesante es el último, enteramente dedicado al control de constitucionalidad de las leyes. Antes de ocuparme de éste con más extensión, conviene referir al lector las líneas generales del argumento.

Nino entendía que la verdadera crisis de la democracia no consiste en el exceso participación de los ciudadanos (como han dicho hasta la saciedad los politólogos)[47], sino en la apatía política, en la escasa voluntad de comprometerse en la esfera pública[48].

---

45 Críticas de gran calado a Habermas en O. Weinberger, *Conflicting views on Practical Reason. Against Pseudo-Arguments in Practical Philosophy*, en *Ratio Juris* vol. 5 (1992) 252-68, O. Weinberger, *Habermas on Democracy and Justice. Limits of a sound conception*, op. cit. [nota 6], O. Weinberger, *Basic Puzzles of Discourse Philosophy*, en *Ratio Juris* vol. (1996)172-81, O. Weinberger, *Information and Human Liberty*, en *Ratio Juris* vol. (1996) 248-57 y O. Weinberger, *Legal Validity, Acceptance of Law, Legitimacy*, paper presented at the conference on *A Discoursive Foundation for Law and Legal Practice. Discussing Jürgen Habermas´Philosophy of Law*", Workshop at the European University Institute, Florence, 1998. Contra el argumento de que el giro individualista pone a refugio a Nino, vid. M. La Torre, *Presentazione*, a la traducción italiana de Introducción a la traducción italiana de C.S. Nino, *Derecho, Moral y Ética*, en prensa..

46 Estos temas se tratan de manera más extensa y con aplicación al caso argentino en C.S. Nino, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op. cit. [nota 13], capítulo III).

47 En mérito sobre esta cuestión, puede leerse el famoso Informe de la Trilateral, Crozier, Huntington, Watanuki, *The Crisis of Democracy*, New York University Press, New York, 1977. Una fuerte crítica en C. Pateman, *Participation and Democratic Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 1970, capítulos I y II, quién reclama la necesidad de volver a una teoría normativa de la democracia.

48 C.S. Nino, *El Presidencialismo y la Justificación, Estabilidad y Eficiencia de la Democracia*", Centro de Estudios Institucionales, Buenos Aires, 1991, pp. 17-8 critica abiertamente tales concepciones (incluida la antes mencionada de Huntington) y aboga por una concepción justificatoria de la democracia basada en la capacidad de transformación de los intereses individuales a través de la deliberación.

La forma de superar esta crisis implica una reconsideración del concepto de participación. Si bien la representación en sí, bajo cualquiera de sus formas, aleja a la democracia de su forma ideal, de su valor epistémico máximo [I:146, 171, E:204, 235], no es menos cierto que permite institucionalizar la deliberación pública, haciendo posible que el diálogo en materias públicas se extienda más allá de los procesos electorales. En tal coyuntura, resulta imprescindible considerar otras instituciones que estén en "tensión" con la representación, y que sirvan para mitigar sus deficiencias. Se hace necesario recurrir a la imaginación institucional para complementar la representación, de modo que se reduzca la distancia entre la comunidad política y el gobierno[49].

Un principio básico en el diseño de los sistemas electorales es que deben orientarse hacia la representación de intereses plurales (por ejemplo, los sistemas parlamentarios de representación proporcional son claramente preferibles a los sistemas presidenciales[50]) y deben contemplar mecanismos que aseguren que los representantes defienden los intereses de sus representados.

Por lo que concierne a la división territorial del poder, nuestro autor se muestra favorable al principio federal como forma de descentralizar la toma de decisiones, algo que permite reforzar las condiciones para que la democracia pueda reclamar su privilegio epistemológico y que permite un mayor grado de participación política [I:153, E:212-3]. Sin embargo, la descentralización debe venir acompañada de mecanismos de coordinación que prevengan los riesgos de fractura social y económica. Nino propone un modelo institucional en el que la deliberación tiene lugar en el nivel local, la legislación en el central y la implementación queda confiada al local [I:170-1, E:235].

Asimismo, se muestra muy escéptico en cuanto a los argumentos ofrecidos por algunos politólogos en favor de los *referenda*, en tanto que sólo permiten decidir acerca de cuestiones muy puntuales y favorecen las condiciones en las que las elites políticas pueden controlar el orden del día del debate político, amén de empobrecer el debate al polarizarlo en torno a dos alternativas excluyentes [I:147-8, E:206].

---

49 Una estrategia similar en M. La Torre, *Democracy and Tensions: representation, majority principle and fundamental rights*, en *Ratio Juris* vol. 8 (1995), 373-96.

50 C.S. Nino, *El Presidencialismo y la Justificación, Estabilidad y Eficiencia de la Democracia*", op. cit. [nota 48], C.S. Nino, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op. cit. [nota 13]. El filósofo bonaerense era contrario al sistema presidencialista por la razón adicional de que tiende a reducir el debate político a un mero desafío carismático devaluando la deliberación, defecto agravado por el papel desempeñado por algunos medios de comunicación en los procesos electorales contemporáneos.

Por lo que concierne a la relación entre la constitución ideal y la estabilidad, el gran iusfilósofo argentino se muestra muy cauteloso. A su juicio, la supervivencia del sistema político democrático puede ponerse en peligro si tratamos de avanzar demasiado rápido siguiendo el norte de la constitución ideal. Tal afirmación resulta de aplicación en situaciones de transición hacia un sistema democrático, en las que existen fuertes intereses en contra de tal proceso. En dichos casos, es posible que el intento de mejorar la democracia lleve a un retroceso o incluso a una involución política, dado que los grandes grupos de intereses pueden sentirse amenazados por la perspectiva de una ampliación de la participación política [I:159, E:221]. En tales casos, adquiere especial peso y relevancia el argumento prudencial de restringir las reivindicaciones democráticas con el objetivo de hacerlas posibles en un momento ulterior[51].

Quizá el argumento institucional más interesante y original de Nino sea el referido al control de constitucionalidad de las leyes.

Es de sobra conocido por los juristas que la posición de los tribunales constitucionales viene generando una notable polémica en la doctrina constitucional estadounidense, que ha escrito verdaderas bibliotecas sobre la llamada “counter-majoritarian difficulty”; en Europa el asentamiento institucional del control de constitucionalidad vino acompañado de una cierta desconfianza doctrinal y una ulterior reacción contra la misma, basada en un presunto “gobierno de los jueces”. Las intuciones de los defensores y detractores de esta figura suelen ser tan atractivas como escasamente articuladas.

Ronald Dworkin ha avanzado una vigorosa defensa del control de constitucionalidad de las leyes, que considera un expediente absolutamente necesario para superar la crisis de la democracia que Nino tenía tan presente: “En algunos casos (...) los particulares pueden tener más posibilidades asumir las responsabilidades morales derivadas de la condición de ciudadanos si determinadas decisiones son sustraídas al proceso político ordinario y a su resolución confía a los tribunales; en particular, aquéllas que han de ser decididas atendiendo a a principios y no a la ley del número o del equilibrio político”[52].

---

51 C.S. Nino, *Radical Evil*, Yale University Press, New Haven and London, 1996 se ocupa con más detalle de este problema. En el momento de escribir esta versión castellana, la cuestión había adquirido enorme relevancia pública con el arresto del general Pinochet en el Reino Unido y las ulteriores decisiones judiciales. La evolución de los acontecimientos en Chile indica que este tipo de argumento es quizá el único que puede invocarse para excluir la realización de un proceso legal al ex-dictador, aunque me da la impresión de que las circunstancias de la Argentina de Alfonsín y del Chile de Frei son muy distintas, y siendo el riesgo de involución menor y el acoso al régimen de menor intensidad, dista de ser claro que Nino habría considerado este argumento de suficiente peso.

52 R. Dworkin, *Freedom’s Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachussets, 1996, p. 30.

Bruce Ackerman llega a un resultado semejante desde una visión un tanto distinta de la relación entre el proceso político y el control constitucional en sede judicial. El profesor de Yale parte de una concepción dualista de la democracia. Los momentos constitucionales serían aquellos en los que la inmensa mayoría de los ciudadanos ejercen sus derechos políticos y proceden a constituir o reformar de manera decisiva las normas básicas de la comunidad política. Por el contrario, la política ordinaria estaría caracterizada por un cierto nivel de apatía entre la ciudadanía, y en tales períodos la acción política debería moverse dentro del marco normativo fijado en los momentos constitucionales[53]. El control de constitucionalidad estaría legitimado en la medida en la que se oriente a garantizar el respeto de los criterios fijados en los momentos constitucionales: "[los jueces] están legitimados a insistir en unos "mínimos democráticos" en las normas legales y también a defender los resultdos del ejercicio del poder constituyente de los ciudadanos aún cuando sea ejercido fuera de los cauces de reforma formal de la Constitución"[54]. Sin ánimo exhaustivo, cabe citar la referencia de John Rawls al tribunal de garantías constitucionales como fuente última de la razón pública: "en un régimen constitucional dotado de control de constitucionalidad de las leyes, la razón pública viene definida por el razonamiento del tribunal de garantías constitucionales"[55].

Frente a estos autores claramente favorables al control de constitucionalidad el libro de John Ely, *Democracy and Distrust*, representa en el debate contemporáneo una argumentación recelosa de la extensión del poder judicial. La razón fundamental se encuentra quizá en un cierto escepticismo moral[56], no muy alejado del característico de las formas clásicas del positi-

53 B. Ackerman *We The People. Vol. I. Foundations*, Yale University Press, New Haven and London, 1991.

54 B. Ackerman, *The Political Case for Constitutional Courts* en B. Yack (ed.), *Liberalism without illusions. Essays on Liberal Theory and the Political vision of Judith N. Shklar*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1996, pp. 210 and 211.

55 Vid. J. Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993, p. 231.

56 Tal posición se puede deducir de sus comentarios acerca de la Constitución Americana, y de su visión agregativa del proceso político. Inspirándose en Arendt, Ely afirma que "lo que ha distinguido [a la Constitución] es un proceso de gobierno, no una ideología".Y argumenta que "el tipo de razonamiento moral característico de la filosofía contemporánea se caratceriza porque procede desde principios o argumentos éticos que el lector está predispuesto a aceptar a otros principios de cuya relación con los primeros no había caído en la cuenta con anterioridad", lo que a su juicio demuestra que nuestra sociedad no admite la existencia de un conjunto de principios morales susceptibles de ser descubiertos y cuya validez cuestión objetiva, al menos no un conjunto que pueda servir de base para revocar las decisiones de nuestros representantes electos". Vid. J. Ely, *Democracy and Distrust*, Harvard University Press, Cambridge, Massachussets, 1980, pp. 101 y 54).

vismo jurídico. Con tal premisa, la injerencia judicial sobre el proceso democrático ha de limitarse a dos casos. En primer lugar, para mantener abierto el proceso político, es decir, para asegurar una cierta igualdad de participación (lo que hace referencia a los problemas de participación o, usando una vez más la terminología de Hirschmann, de *voz*, y requiere declarar inconstitucionales las leyes que reduzcan las posibilidades de participación de los ciudadanos en iguales términos). En segundo lugar, para garantizar que los resultados del proceso político respetan los intereses de todos los miembros de la comunidad (lo que implica declarar inconstitucionales las leyes en las que los intereses de algunas minorías son totalmente despreciados por las mayorías).

La posición de Nino se caracteriza por partir de principios metaéticos más cercanos a los de los defensores de un amplio control judicial de la constitucionalidad de las leyes para llegar a conclusiones acerca de su legítima extensión más cercanas a las de sus detractores.

Si, como hemos visto, el único sistema legítimo de toma de decisiones en el ámbito público o intersubjetivo es la democracia deliberativa, y si ello se debe a su capacidad de integración de puntos de vista y a la transformación de intereses [I:188-9, E:260], conceder a los jueces un poder para declarar inconstitucionales las leyes aprobadas democráticamente parece debilitar el proceso político. No ha de olvidarse que la finalidad del control de constitucionalidad en la argumentación de Ackerman o Dworkin puede lograrse mediante instituciones políticas basadas en la representación de intereses. "El expediente del control judicial de la constitucionalidad de las leyes es una solución peculiar, característica de algunos sistemas jurídicos, que puede no estar presente incluso en sistemas que reconocen expresamente la supremacía de la Constitución"[57].

Pero por otra parte, el privilegio epistemológico de la democracia tiene sus límites. El control de que el ejercicio del poder democrático no sobrepase los mismos no puede ser confiado al propio juego de las mayorías: "La democracia podría cavarse su propia fosa si no se mantienen ciertas condiciones previas, incluso por métodos no democráticos"[58]. Además, la constitución como convención social tiene un cierto valor, aunque sea limitado, que requiere que las leyes respeten los contenidos de la misma. De esta doble argumentación surgen tres posibles fundamentos para el control judicial de la constitucionalidad de las leyes. El primero, el control de que el proceso de producción de las leyes respeta las condiciones en las que se fundamenta el privilegio epistemológico de la democracia. El argumento del filósofo bona-

57 C.S. Nino, *A Philosophical Reconstruction of Judicial Review*, op. cit. [nota 13], p. 811.
58 C.S. Nino, *A Philosophical Reconstruction of Judicial Review*, op. cit. [nota 13], p. 831.

erense descansa en la distinción de las condiciones de acceso al contenido moral *a priori* y *a posteriori*: "Dado que todos tienen razones para postergar su propio juicio moral a la decisión de signo contrario adoptada democráticamente, todos tienen derecho a determinar si se cumplen y en que grado las condiciones que fundamentan tal preferencia (...)*Un juez no cuenta con mayor legitimidad que un ciudadano que usa una norma jurídica para justificar una acción o decisión, y está obligado, dada la estructura del razonamiento práctico, a recurrir a principios autónomos*"[59]. El segundo, la autonomía personal, que justifica la declaración de inconstitucionalidad de las leyes que tengan como objetivo fundamental imponer a los individuos determinados ideales de excelencia personal. La razón de este tipo de control está relacionada con la división básica del campo de conocimiento moral, distinguiendo entre las cuestiones puramente privadas y aquéllas con una dimensión pública o intersubjetiva. El tercero, la defensa del valor de la constitución como práctica o convención social, que permite declarar inconstitucionales las normas que violan lo establecido en la constitución histórica, aun cuando no supongan violación de ningún criterio moral concreto. La justificación de este fundamento para el control de constitucionalidad se encuentra en la medida en la que la constitución como práctica social tenga el valor de permitir su propio perfeccionamiento; hemos de aceptar sus contenidos en tanto que existen límites intrínsecos a las obras colectivas, como un ordenamiento jurídico[60].

Conclusión

La lectura pausada y reflexiva de *The Constitution* nos permite volver a considerar el conjunto de la obra de Carlos Santiago Nino. El texto constituye un auténtico *tour de force* por los problemas y contribuciones de la teoría del derecho y política contemporáneas, aunque a veces se eche de menos la última capa del barniz literario que el filósofo bonaerense sabía dar a sus textos, y que la experta mano editora de Owen Fiss probablemente no quisiera dar en atención al respeto por el estilo del autor.

De su reflexión en el ámbito de la teoría del derecho cabe destacar su giro post-positivista, reflejado en su teorema fundamental de la teoría del derecho. Sólo aquéllos que hayan sido educados en el formalismo jurídico más tradicional podrán apreciar el ventarrón de libertad que trajo consigo esta nueva

---

59 C.S. Nino, *A Philosophical Reconstruction of Judicial Review*, op. cit. [nota 13], p. 832. La cursiva es mía.

60 C.S. Nino, *A Philosophical Reconstruction of Judicial Review*, op. cit. [nota 13], p. 838. Sobre los límites propios de la acción colectiva y el valor de la constitución como convención social, vid. C.S. Nino, *La Constitución como Convención*, op. cit. [nota 19].

manera de concebir el derecho. Si la muerte tan rigurosa hubiera concedido a Nino más años de vida, quizás habría tenido tiempo para ahondar en la relación de complementariedad entre el derecho y la moral, o dicho de manera menos imprecisa, en aquellos casos en los que la norma jurídica determina o condiciona la corrección moral; ello quizá habría contribuido a limar algunas aristas de su teoría. De entre sus aportaciones a la teoría política, destacan su replanteamiento del problema de la obligación política y de la justificación de la democracia. Por lo que respecta al primero, no es exagerado afimar que su argumento en favor de la existencia de una obligación de obedecer al derecho, basada en los puentes que tiende entre la heteronomía del derecho y la autonomía de la moral, sintetiza las contribuciones de dos décadas de pensamiento liberal sobre la materia. En lo que concierne al segundo, supone una vigorosa alternativa a las concepciones pluralistas que dominan aún hoy las ciencias sociales. Podrá señalarse que la articulación entre el valor epistemológico de la democracia y la autonomía moral no deja de ser problemático, pero conviene insistir que el valor de ésta y otras aportaciones radica en que las diversas contribuciones desde lo que ha venido en llamarse teoría de la democracia deliberativa han redefinido los términos y contornos del problema, amén de articular una poblada defensa de sus conclusiones. Finalmente, su vindicación teórica y práctica de un concepto radical de la democracia atestiguan la capacidad de Nino de ser un gran teórico, lo que implica no perder nunca de vista la aplicación práctica. No podemos olvidar su compromiso político durante los años tristes de la dictadura y los difíciles de la transición capitaneada por el doctor Alfonsín.

Permítame el lector que concluya con una divagación personal. Recuerdo que el primer libro de teoría del derecho que leí fue su *Introducción al Análisis del Derecho*. Desde entonces, como el joven Holden de Salinger, pensé que un buen libro es aquél que nos hace ansiar la posibilidad de poder llamar por teléfono a su autor y estar horas y horas discutiendo sobre los temas de su obra. Los libros de Nino seguirán haciendo soñar al joven Holden, aunque sepa que nadie podrá responder al teléfono.